



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000344013

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501144-27.2023.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante LUCAS HENRIQUE RODRIGUES SOUZA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso, concederam ao acusado os benefícios da justiça gratuita e, no mérito, por v.u. deram-lhe parcial provimento para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis fixando a pena-base no mínimo legal; b) reconhecer a atenuante da confissão espontânea; c) reconhecer a figura do tráfico privilegiado e impor, na terceira fase da dosimetria, a redução da pena em 2/3; c) modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto; d) impor ao apelante a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e o pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006; e) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais serão detalhados pelo juízo da execução. Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº9899

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1501144-27.2023.8.26.0616

Apelante: Lucas Henrique Rodrigues Souza

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de Mogi das Cruzes

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. ILICITUDE DA BUSCA PESSOAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO CONFIGURATÓRIA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ABRANDAMENTO DA SANÇÃO PENAL. RESTITUIÇÃO DOS AUTOMÓVEL APREENDIDO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. DO CASO EM EXAME

1. Recurso de apelação interposto pela defesa do réu Lucas Henrique Rodrigues Souza, contra a r. sentença que o condenou à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput Lei n. 11.343/06. Proclamada ilicitude da busca pessoal. Pedido de desclassificação da conduta para aquela prevista pelo artigo 28 da Lei n. 11.343/06. Pedidos subsidiários: (i) reconhecimento e aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006; (ii) adequação da sanção penal imposta; (iii) fixação de regime inicial menos gravoso para o início do cumprimento da pena; (iv) restituição do veículo apreendido; (v) substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

II. DOS FATOS SUBMETIDOS A JULGAMENTO

2. Policiais militares que, nas circunstâncias fático-temporais indicadas na denúncia, realizavam patrulhamento quando divisaram o acusado em local de traficância. O réu ao avistar a viatura demonstrou nervosismo. Abordagem. Na posse do acusado foi localizada a chave de um automóvel. No interior do veículo, localizaram, sobre o câmbio, uma camiseta enrolada que acondicionava 07 porções de maconha, pesando 1.09 grama; 70 porções de cocaína, na forma de crack, pesando 13.75 gramas; e 93 porções de cocaína em pó, pesando 61.94 gramas, além da quantia de R\$ 90,00 (noventa reais).

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Pedido de isenção do pagamento das custas processuais. Hipossuficiência financeira. Cabimento.

4. Ilicitude probatória não configurada. Depoimentos firmes dos policiais militares indicando as circunstâncias da prisão em flagrante do acusado. Abordagem do acusado motivada pelo fato de ter demonstrado nervosismo, além de ter alterado o trajeto que fazia a pé. Cena que despertou fundadas suspeitas. Circunstâncias que conferiram justa causa à abordagem e à busca pessoal. Violação à privacidade e à intimidade não configuradas.

5. Do crime de tráfico de drogas. Materialidade comprovada pela apreensão das drogas e pelo exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos firmes dos policiais militares indicando ter o acusado demonstrado nervosismo e alterado seu trajeto ao divisar a viatura. Abordagem. Acusado encontrado em poder da chave de um veículo. Indicação, pelo acusado, do local onde o veículo estava estacionado. Localização de entorpecentes e numerário. Réu confesso.

6. Da dosimetria. 6.1. Afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis. 6.2 Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade de fixação da pena aquém do limite mínimo. Inteligência da Súmula 231 do STJ. 6.3. Tráfico privilegiado caracterizado. Acusado primário e sem antecedentes criminais. Inexistência de elementos que afirmem a sua dedicação à prática de atividades criminosas ou o envolvimento com organização criminosa. Quantidade não expressiva de drogas. Aplicação do redutor em seu patamar máximo. 6.4. Imposição do regime fechado em sentença. Acusado primário. Pena aplicada abaixo de 4 anos. Modificação para o regime aberto. 6.5. Cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Afastamento do caráter hediondo uma vez reconhecido o tráfico em sua forma privilegiada. Substituição por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. 6.6 Pleito

objetivando a restituição do veículo. Pedido formulado por quem não detém a propriedade do bem.

IV. DISPOSITIVO

6. Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido.

Legislação e Jurisprudência relevantes citadas: CF/1988, art. 5º, LVI e X; CPP, art. 244; Lei 11.343/2006, art. 33, caput e §4º; CPC, art. 99, §3º. STJ, AgRg no AREsp n. 1.403.409/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 04/04/2019; STJ, HC nº 385.110/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, J: 06/06/2017, DJe: 18/06/2017.

Trata-se de recurso de apelação interposto em favor de **LUCAS HENRIQUE RODRIGUES SOUZA**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de Direito Tiago Ducatti Lino Machado, da 3ª Vara da Comarca de Mogi das Cruzes**, que o condenou à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime tipificado pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 167/173).

Em razões recursais, a defesa pugna pela absolvição do acusado, invocando a ilicitude das provas. Sustenta a ilegalidade da busca pessoal realizada pelos policiais, aduzindo não haver qualquer circunstância que a autorizasse. No mérito, postula pela desclassificação do delito imputado ao acusado para aquele previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, aduzindo que o acusado preenche os requisitos para tanto. Requer, ademais, o abrandamento da sanção penal. Por fim, pleiteia, a restituição do veículo apreendido, a fixação de regime inicial mais brando, a substituição da pena corporal por restritiva de direitos e a concessão da gratuidade da justiça (fls. 504/580)

Contrarrazoado o recurso (fls.586/590), em parecer, a Douta Procuradoria de Justiça, opinou pelo parcial provimento do recurso, com o afastamento, em parte, das circunstâncias judiciais desfavoráveis, na primeira fase da dosimetria, e, na segunda, pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. (fls. 599/608).

Eis, em síntese, o relatório.

1. Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

2. Do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita

A defesa pleiteia a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o réu não possui condições financeiras de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais deduzida exclusivamente por pessoa natural deve ser presumida como verdadeira. Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a declaração, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, já se decidiu em sentido análogo na presente Câmara:

Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse. Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à

falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais.

(TJSP, Apel. Crim. Nº 0002088-35.2017.8.26.0642, Relator. Des. Osni Pereira, J: 16/10/2019).

3. Da apelação interposta pela defesa do réu

3.1. Breve síntese dos fatos

O réu foi denunciado e processado como incurso no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, porque, no dia 12 de abril de 2023, por volta das 22h17, na rua Coronel Cardoso de Siqueira, Residencial Real Park Mogi, na cidade e comarca de Mogi das Cruzes, guardava, no interior do veículo, para fins de tráfico: (i) 07 porções de maconha, pesando 1.09 grama; (ii) 70 porções de cocaína, na forma de *crack*, pesando 13.75 gramas; e (iii) 93 porções de cocaína em pó, pesando 61.94 gramas, substâncias que causam a dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme narrado na inicial, o acusado adquiriu os entorpecentes e os acondicionou no interior do veículo Ford/Ka, placas FCM-3073, e, na condução do veículo, se dirigiu ao palco dos acontecimentos, com fins a exercer a traficância. Uma vez no local dos fatos, o réu desembarcou do automóvel e permaneceu nas proximidades. Segundo a denúncia, por volta das 22h17, policiais militares, em patrulhamento de rotina, divisaram o acusado que, ao notar a aproximação da viatura, demonstrou nervosismo. Nesse contexto, os agentes de segurança decidiram abordá-lo. Em busca pessoal, encontraram, na posse do acusado, a chave de um automóvel e dois aparelhos celulares. Indagado, o réu indicou onde o veículo estava estacionado. Os agentes de segurança se deslocaram até o automóvel, localizando, sobre o câmbio, uma camiseta enrolada que acondicionava os entorpecentes apreendidos, além da quantia de R\$ 90,00 (noventa reais).

A persecução penal foi instaurada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01). A custódia foi convertida em prisão preventiva (fls. 52/53). Por decisão proferida em sede de *habeas corpus*, o paciente foi agraciado com a liberdade provisória (fls.82/90). O alvará de soltura foi cumprido aos 17 de abril de 2023

(fls.108/110). Finda a instrução, o acusado foi condenado nos termos da denúncia (fls.303/311). A r. sentença foi desafiada com a interposição de recurso de apelação (fls. 351/408). Esta Colenda 16ª Câmara Criminal, por unanimidade, em voto da lavra do eminente Desembargador Newton Neves, anulou o julgamento de primeiro grau, porquanto não analisada, pela autoridade judiciária, a alegação de ilicitude probatória (fls. 450/454). Prolatada nova sentença, o réu foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

3.2. Da prova oral produzida

Em delegacia, o policial militar Rômulo Duarte de Castro, responsável pela prisão em flagrante, disse que, por ocasião de patrulhamento regular, avistaram o acusado transitando em via pública, em atitude suspeita. Segundo relatou, o acusado demonstrou nervosismo ao divisar a viatura, motivo pela qual decidiram pela abordagem. Em revista pessoal, localizaram na posse do réu, a chave de um automóvel Ford/Ka, placas FCM3073. Indagado o acusado revelou onde o veículo estava estacionado. Dirigiram-se até o local e, em busca veicular, encontraram, junto ao câmbio, 7 porções de maconha, 93 papелotes de cocaína em pó, 70 porções de cocaína na forma de *crack* e além de R\$ 90,00 (noventa reais) em notas variadas. Com o réu, também foram, apreendidos dois aparelhos celulares. Segundo o policial, réu negou a traficância. Em juízo, manteve a narrativa, acrescentando que o local em que se deu a abordagem era notório ponto de tráfico de entorpecentes.

No mesmo sentido convergiram os relatos do policial João Paulo Pereira Torres, ouvido em ambas as fases da persecução penal. Em juízo, contudo, esclareceu que o réu, ao notar a aproximação da viatura, alterou bruscamente o percurso que seguia a pé.

Em solo policial, o acusado permaneceu em silêncio. Em juízo, disse que era usuário de drogas. Foi até o palco dos acontecimentos, para adquirir entorpecentes. Disse que consumiria parte da maconha sendo que o restante seria vendido. Negou, contudo, portasse *crack*.

3.3. Da alegação de ilicitude probatória

3.3.1. Da inadmissibilidade das provas ilícitas e daquelas delas derivadas

A preocupação com os efeitos jurídicos resultantes do emprego de meios ilegais na obtenção de provas, sobretudo quando desrespeitados os direitos fundamentais, não é fenômeno recente. De fato, a controvertida questão, que pode ser sintetizada no dramático embate entre os parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo, é produto de uma longa elaboração jurisprudencial que, em alguns ordenamentos, chegou, inclusive, a receber tratamento legislativo.

Como se sabe, coube à Suprema Corte norte-americana a primazia no enfrentamento do tema, o que levou à elaboração das regras de exclusão probatória e à teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*. Os fundamentos foram claros: o respeito aos direitos fundamentais e o reconhecimento da insuficiência das sanções civis e administrativas aos responsáveis pelos abusos. É o que foi assentado, em nível federal, no célebre caso *Weeks* (1914)¹ estendido, posteriormente, para as justiças estaduais, em *Rochin v. Califórnia* (1952).² Em ambos os casos, entendeu-se que o problema não estava limitado a não confiabilidade do resultado probatório, mas sim à incompatibilidade entre o meio empregado e o resguardo dos parâmetros do justo processo.

No Brasil, muito embora tenha prevalecido por muito tempo a premissa da admissibilidade irrestrita das provas, a questão veio a assumir outro enfoque. Inicialmente por conta da ação do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, com a inserção da proibição do ingresso da prova ilícita no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI, CF). De qualquer modo, coube a

¹ 232 U.S. 383, 34 S.Ct., 341, 58 L.Ed. 652 (1914). LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 105. Ver igualmente CANTÓN, Fernando Díaz. Exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos. El principio de inocencia y la adquisición de la prueba. *Nueva Doctrina Penal*, Del Puerto, 1999/A, p. 337 e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 38-39.

² 342 U.S. 165, 72 S.Ct. 205, 96 L.Ed. 183 (1952). Ver, para tanto: ROTHSTEIN, Paul F.; RAEDER, Miran S. E CRUMP, David. *Evidence. State and federal rules*. 3.ed., St. Paul: West, 1997, p. 257.

Pellegrini³ a disseminação – e consequente consagração – no campo doutrinário, da distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas. Segundo a autora, ainda que ambas provenham da mesma noção de contrariedade ao direito, a ilícita relaciona-se com a violação de direitos materiais ligados às liberdades públicas, enquanto a prova ilegítima pressupõe a inobservância de normas processuais.

Dessa forma, as provas ilicitamente obtidas jamais poderiam integrar o acervo probatório. Não se trata de desconsideração de sua força probante. Afinal, essas provas são desprezadas antes mesmo da incorporação ao processo, o que leva a questão para o plano da inexistência jurídica.⁴ Já no que se refere à prova ilegítima, a solução passa pelo enfrentamento dos critérios de validade. Afinal, a inadequação entre a forma processual concretizada e aquela abstratamente prevista revela um vício que leva à possibilidade de renovação do ato (art. 573, *caput* do CPP).

A inserção da cláusula da proibição das provas ilícitas no texto constitucional é um claro sinal do apreço ao regime das liberdades individuais e da consagração da supremacia do valor da dignidade humana. A mensagem é, portanto, clara e vigorosa. Qualquer restrição de direitos fundamentais durante a persecução penal deverá observar os parâmetros da legalidade e da proporcionalidade, sob pena de imprestabilidade da prova obtida. Vem daí a indispensabilidade do controle judicial quando algumas medidas importarem restrições aos direitos da personalidade como a privacidade e a intimidade. Nesse contexto, a inadmissibilidade das provas ilícitas atua como uma garantia que assegura, concretiza e direciona o respeito aos direitos fundamentais.

A sanção, inadmissibilidade processual da prova ilícita constitui mandamento incontornável. Integra o chamado bloco de constitucionalidade não podendo ser sequer alvo de supressão por emenda constitucional. Assim, a inadmissibilidade processual da prova ilícita é imperativa, não podendo dela se afastar o legislador ordinário na regulamentação das normas sobre processo e

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, pp. 93-103.

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

procedimento, bem como o operador na realização diária da atividade jurisdicional.

É certo que a preocupação com o tema não ficou restrita às provas ilícitas propriamente ditas. Com efeito, uma vez mais coube à jurisprudência norte-americana, a elaboração de uma teoria que resolvesse, igualmente, o problema da contaminação das provas derivadas. É o que se convencionou denominar de teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruit of the poisonous tree*.⁵ A questão é relativamente simples: não se pode aproveitar a prova cuja descoberta tenha sido oriunda daquela originariamente ilícita. Há, portanto, uma relação de contaminação. As provas derivadas, aquelas que decorrem diretamente da prova ilícita, serão igualmente contaminadas, tal como ocorre com os frutos de uma árvore envenenada. Como anota Magalhães: *de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova, se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz*.⁶

É certo que no direito brasileiro já eram encontradas considerações sobre as provas ilícitas por derivação.⁷ Aqui a influência do direito norte-americano foi mais uma vez significativa. De qualquer modo, a contaminação não é absoluta. Nesse ponto, a jurisprudência norte-americana construiu, ao longo dos anos, um

⁵ Caso *Silverthorne Lumber Co. vs. US*, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos EUA.

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

⁷ Conforme decidido pelo STF quando do julgamento do HC 69.912-0/RS com a seguinte ementa: PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFONICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFONICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSIVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALENCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

intrincado sistema de abrandamento dos efeitos da contaminação.

No direito brasileiro, as questões, que até então permaneciam restritas à esfera constitucional, foram regulamentadas na legislação processual com a edição da Lei 11.690/2008. Em certos aspectos, houve mera reiteração da vedação constitucional (art. 157, *caput*, do CPP). Em outros, o legislador avançou ao trazer disposição expressa quanto à inadmissibilidade das provas derivadas em uma clara adesão à teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, parágrafo primeiro).

De qualquer modo, o legislador revelou nítida preocupação com a amplitude dos efeitos da desconsideração das provas ilícitas. Assim, incorporou, expressamente, a teoria da fonte independente e que também já tinha sido construída pela Suprema Corte norte-americana. A redação, contudo, distanciou-se daquela que seria a ideal (art. 157, parágrafo segundo). Assim, ao conceituar a chamada fonte independente, o legislador trouxe elementos que aproximaram a questão da chamada descoberta inevitável que também foi reconhecida pela jurisprudência norte-americana como situação limitadora dos efeitos contaminatórios das provas ilícitas.

A despeito dos percalços da legislação nacional. A base da fonte independente, repousa na existência de pelo menos duas fontes de revelação da prova: a ilícita e a lícita. Assim, ao reconhecer-se a capacidade da última em revelar a prova, a sua força compensará o efeito contaminatório da prova ilícita, afastando-se, assim, o efeito da inadmissibilidade.

3.3.2. Da alegação de violação à privacidade e à intimidade. Da busca pessoal e da garantia constitucional da intimidade

Como se sabe, a busca pessoal implica restrição à garantia constitucional da intimidade (art. 5º, inciso X, CF), podendo recair sobre o investigado, acusado, vítima ou terceiro, abarcando suas vestes ou outros objetos ou coisas que estejam em contato com seu corpo. De forma excepcional, a busca pessoal poderá ser realizada sem ordem judicial, nas hipóteses previstas no art. 244, do Código de Processo Penal, quais sejam: a) no caso de prisão; b) quando houver

“fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito ou c) no curso de medida de busca domiciliar. De tal dispositivo, portanto, depreende-se que o procedimento de revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo esteja na posse de objetos ilícitos. Aqui, no conflito emergente entre a intimidade e o resguardo imediato da ordem pública, o legislador inclinou-se em favor do último. Nesse sentido, é o entendimento proclamado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. **Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independe de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Hipótese em que o Tribunal de origem, diante das circunstâncias peculiares do caso - veículo parado em atitude suspeita, durante a madrugada, com quatro indivíduos em seu interior - entendeu haver fundada suspeita para a realização da abordagem pessoal, que resultou na apreensão de arma de fogo. A decisão vergastada está em consonância com o art. 244 do CPP e os elementos fáticos consignados no acórdão recorrido são legítimos para fins de busca pessoal. Rever a conclusão do aresto necessitaria do reexame do conjunto probatório, o que é vedado pela Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental não provido"** (STJ, AgRg no AREsp n. 1.403.409/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 04/04/2019)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDAS MUNICIPAIS. ILEGALIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. **PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE AUTORIZADA. BUSCA PESSOAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. FUNDADAS RAZÕES. NÃO ENFRENTAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AUSÊNCIA. DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADAS. (...) III - A respeito da busca pessoal realizada, sabe-se que o artigo 240, § 2º, do Código de Processo Penal preceitua que será realizada "busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo**

anterior". Por sua vez, o artigo 244 do aludido diploma legal prescreve que "a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar". Da leitura dos referidos dispositivos, depreende-se que a revista pessoal independe de mandado quando se está diante de fundada suspeita de que o indivíduo traz consigo objetos ilícitos. IV - In casu, ao contrário do que sustentado na presente insurgência, verificase que configuraram-se as fundadas razões exigidas pela lei processual, uma vez que o ora agravante, que trafegava por via pública já conhecida pelos agentes como ponto utilizado para a realização do comércio espúrio com uma sacola em suas mãos, ao notar a presença de equipe policial que realizava patrulhamento de rotina, apresentou acentuado nervosismo, o que causou estranheza nos milicianos, que decidiram, somente então, realizar a abordagem. Por conseguinte, havendo, de fato, fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada (...)

(STJ, AgRg no HC 684062/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato, DJe de 03/11/2021)

3.3.3. Da análise do caso posto a julgamento

Conforme se extrai dos autos, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, em local de traficância, quando tiveram a atenção despertada para o acusado, o qual caminhava pela via pública. Este, ao perceber a aproximação da viatura, demonstrou nervosismo, alterando repentinamente o percurso que seguia a pé. Feita a abordagem, na posse do réu encontraram as chaves de um veículo Ford/Ka. O acusado indicou aos agentes de segurança onde o veículo estava estacionado. Em vistoria no interior do automóvel, os policiais localizaram 7 porções de maconha, 70 porções de cocaína na forma de *crack* e 93 papелotes de cocaína em pó, além de R\$ 90,00 (noventa reais) em notas variadas.

O acusado, ao demonstrar nervosismo, mudando o trajeto que fazia a pé, despertou a atenção dos policiais que realizavam patrulhamento ostensivo. Havia, portanto, suficiente quadro de justa causa que permitia a abordagem e a realização dos procedimentos de praxe de busca. Assim, contrariamente ao alegado pela defesa, a busca pessoal não foi realizada a esmo.

De mais a mais, observo que os policiais militares, na atividade de policiamento preventivo e de imediata repressão a delitos, desde que observados os requisitos legais, podem realizar a busca pessoal. No caso em apreço, houve, portanto, a realização do exercício de funções que são inerentes à Polícia ostensiva. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO, NUMERAÇÃO RASPADA. BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA. NULIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **ABORDAGEM POLICIAL. PODER DE POLÍCIA.** CRIME PERMANENTE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE. DIREITO AO SILÊNCIO. RÉU QUE PERMANECEU CALADO NA FASE EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL. ADVERTÊNCIA CONTIDA NOS INTERROGATÓRIOS POLICIAL E JUDICIAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Se o Tribunal de origem, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entendeu, de forma fundamentada, ser "legítima" a abordagem policial questionada, tendo em vista o local e o horário em que o paciente foi abordado, não cabe a Esta Corte análise acerca da alegada ausência de "fundada suspeita", na medida em que demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.

3. A abordagem policial decorre do poder de polícia inerente à atividade do Poder Público que, calcada na lei, tem o dever de prevenir delitos e condutas ofensivas à ordem pública.

4. Hipótese em que a ação dos policiais foi efetiva, pois resultou na prisão em flagrante do paciente por crime permanente, o qual não se exige mandado de busca e apreensão para sua efetivação. Precedentes. (...)

8. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC nº 385.110/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, J: 06/06/2017, DJe: 18/06/2017).

Não houve, dessa forma, violação da garantia constitucional da intimidade decorrente de busca pessoal.

3.4. Da valoração da prova

A materialidade do crime foi demonstrada. Com efeito, as substâncias apreendidas foram submetidas a exame de constatação o qual apurou sinais positivos para cocaína e maconha (fls. 33/36). O resultado preliminar foi confirmado, ao final, com a juntada dos laudos de exame químico toxicológico definitivos, o qual resultou positivo para: (i) 07 porções de maconha, massa líquida 1.09 grama; (ii) 70 porções de cocaína, na forma de *crack*, pesando 13.75 gramas; e (iii) 93 porções de cocaína em pó, pesando 61.94 gramas (fls. 256/257).

Não há dúvidas, igualmente, quanto à vinculação do réu com as substâncias entorpecentes encontradas, as quais se destinavam ao consumo de terceiros.

Com efeito, os policiais militares Rômulo e João apresentaram relatos seguros e uniformes, quando ouvidos em ambas as fases da persecução penal. Realizavam patrulhamento, quando avistaram o réu, que ao perceber a aproximação da viatura demonstrou nervosismo. Abordado, em poder do réu encontraram as chaves de um veículo. O acusado lhes indicou onde o veículo estava estacionado. No interior do automóvel, foram encontrados 7 invólucros de maconha, 70 porções de cocaína na forma de *crack* e 93 porções de cocaína em pó, além de numerário em dinheiro.

Não há razões para se desconsiderar a prova oral. A condição de policiais, por si só, não é suficiente para o afastamento do seu valor probatório. Afinal, a lei processual não se filiou ao modelo da prova tarifada segundo o qual os meios de prova registram valores pré-fixados. Ao contrário, a legislação filou-se ao princípio do livre convencimento racional. Assim, cabe ao julgador avaliar, com liberdade, as provas, confrontando-as com o quadro formado.

No caso em apreço, nada há nos autos a indicar desvio funcional que comprometesse a idoneidade das testemunhas policiais. Ademais, os relatos são coincidentes. Assim, a prova fornecida pelos policiais é apta para a formação da convicção a respeito do crime imputado pela acusação. Trata-se, inclusive, de

questão já superada na jurisprudência:

(...) O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso 3. Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes e indicaram os elementos de prova que levaram ao reconhecimento do crime de tráfico, é certo que não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstruir o afirmado, porquanto demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via estreita do writ.

(STJ - HC n.º 165.561-AM, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. 02/02/2016).

Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.

(STJ - HC n.º 404.514-PE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06/03/2018)

De qualquer modo, o acusado confessou a prática delitiva. Disse que havia se deslocado ao palco dos acontecimentos para adquirir entorpecentes. Esclareceu que consumiria parte da maconha e que o restante das drogas seria por ele comercializada.

A confissão do réu não está isolada e alinha-se aos depoimentos prestados pelos policiais militares. Assim, a apreensão dos entorpecentes e a prova oral fundamentaram o reconhecimento da responsabilidade penal do acusado.

Em suma, valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas, coesas e harmônicas, bem como estão em consonância com os elementos de informação colhidos durante a fase policial, de modo que suficientes para fundamentar o édito condenatório.

A condenação foi a medida correta.

3.5. Da qualificação jurídica dos fatos

Correta a tipificação dada em sentença.

O fato de não ter sido flagrado executando atos de mercancia não é suficiente para afastar a responsabilidade pelo tráfico. Afinal, tratando-se de crime cometido em situação de clandestinidade, nem sempre é possível evidenciar a execução efetiva de atos de venda. No mais, sendo o tráfico crime de ação múltipla, configura-se a figura delitiva com a prática de um dos verbos núcleos do tipo penal elencado pelo artigo 33 da Lei de Drogas, sendo desnecessária a flagrância de práticas comerciais. Ou seja, a própria posse das substâncias pode configurar o tráfico, desde que as circunstâncias do caso evidenciem a destinação da droga ao comércio ilícito de entorpecentes. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. RESPALDO LEGAL. CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. (...)

7. É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).

(STJ, HC 437.114/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO EM PAUTA. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO DO ART.

619 DO CPP NÃO CARACTERIZADA. TRÁFICO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. (...)

3. O crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 é do tipo penal de conteúdo misto alternativo ou de ação múltipla, ou seja, com previsão de inúmeras condutas delitivas, qualquer delas suficientes à caracterização do delito. (...)

10. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 1131420/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

4. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.

5. Habeas Corpus não conhecido.

(STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

A destinação comercial foi comprovada. Muito embora a quantidade de entorpecentes apreendidos não fosse, de todo, exagerada, por certo mostrava-se incompatível com qualquer alegação de posse para uso pessoal. Afinal, tratava-se de 70 porções de *crack*, 93 papелotes de cocaína e 7 porções de maconha. (fls. 33/36). Não se pode olvidar, por outro lado, de sua forma de acondicionamento, vez que as drogas estavam embaladas em porções o que demonstra a destinação que seria dada à droga. Os fatos assim postos, portanto, levam à incidência da norma penal dada pelo artigo 33 da Lei de Drogas. Inviável, nesse cenário, o pleito da defesa de desclassificação do delito imputado ao réu para aquele previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

Não há causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

4. Da dosimetria penal

Na primeira fase, o i. Magistrado fixou a basilar acima do mínimo legal em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 680 dias multa. Justificou a operação em virtude da quantidade e diversidade das drogas apreendidas e em razão das consequências sociais perniciosas do tráfico de entorpecentes. A operação comporta reparos.

Com efeito, as consequências deletérias do tráfico de entorpecentes para a sociedade não constituem fundamento apto para fundamentar a exasperação da pena base, até mesmo porque o legislador já estabeleceu patamares elevados de reprovabilidade para o tipo penal em tela.

Ademais, a despeito da natureza das drogas, a quantidade apreendida não era excessiva. Não se justifica, portanto, o aumento pretendido, até mesmo porque o legislador já estabeleceu patamares elevados de reprovabilidade para o tipo penal em tela. Assim, o aumento, no plano das circunstâncias judiciais, deve alicerçar-se em contexto fático que, de fato, indique maior reprovabilidade em atenção, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade como critério orientativo da retribuição penal. Nesse sentido, já se decidiu:

Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. No caso, não obstante a natureza e a diversidade sejam motivos para exasperar a pena-base, verifico que a quantidade apreendida não é suficiente justificar o aumento, devendo a pena-base retornar ao patamar mínimo legal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.
(STJ, HC 410.095/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

Dessa forma, devolvo a pena base ao mínimo legal, qual seja, 05 anos

de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa.

Na segunda fase, de rigor o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Contudo, considerando o afastamento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a fixação da basilar no mínimo legal, é inviável, ao menos nesta fase da dosimetria, a fixação da pena aquém do limite mínimo em razão da atenuante da confissão espontânea. É o que proclama a Súmula n. 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Mantém, destarte, a pena em 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, o i. Magistrado afastou a aplicação do tráfico em sua forma privilegiada por entender que o acusado se dedicava, habitualmente, às atividades criminosas. Assinalou que o réu foi flagrado praticando a traficância em notório ponto de venda de drogas⁸.

O reconhecimento do tráfico privilegiado, contudo, é de rigor. Não há, no caso em apreço, razões impeditivas do benefício. Afinal, como já dito, o acusado é primário e não ostentava antecedentes criminais à época dos fatos narrados na inicial acusatória. Não há, ademais, indícios de que integre organização criminosa ou que estivesse dedicado às atividades ilícitas. Não há registros de investigação prévia. A quantidade de drogas, não permite concluir pelo seu envolvimento na prática de crimes de maneira habitual.

Assim, os requisitos previstos pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 estão presentes e autorizam a aplicação do redutor no patamar máximo de 2/3. Obtém-se, assim, a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão e o pagamento de 166 dias-multa.

Com relação ao regime prisional, fixou-se o fechado para início de cumprimento de pena. O acusado, contudo, é primário e não registrava antecedentes criminais à época dos fatos narrados na denúncia. A quantidade de drogas apreendidas, não permite concluir por uma maior reprovabilidade da conduta. Por

⁸ [...] por todo o contexto probatório apurado, é forçoso reconhecer que o acusado está bem inserido no mundo do crime, haja vista a elevada e variada quantia de substância entorpecente com ele encontrada em ponto de venda de drogas, de forma que, a diminuição de pena estabelecida na lei, não pode premiar traficante profissional como é o seu caso.

outro lado, afirmada a figura do tráfico privilegiado, resta afastada a equiparação com os crimes hediondos, conforme já estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC 118.533/MS. Nesse quadro, a fixação do regime aberto mostra-se proporcional à luz do princípio retributivo que orienta a individualização da pena.

Assim, reconhecidos os requisitos dados pelo artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, os quais deverão ser estabelecidos pelo juízo da execução, e à limitação de final de semana, que também deverá ser detalhada por aquele mesmo juízo.

A pena de multa é cumulativa e, portanto, não é atingida pela substituição.

Por fim, proclama a defesa pela restituição do veículo apreendido quando da prisão em flagrante do acusado, cujo perdimento foi determinado em sentença. É dos autos, contudo, que referido automóvel pertence à genitora do réu. Assim, o acusado não possui legitimidade para pleitear sua restituição. Como é sabido, ninguém pode postular em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, o que não se verifica no caso telado. Nessa quadratura, deixo de analisar o pedido.

4. Do voto

Ante o exposto, pelo meu voto, conheço do recurso, concedo ao acusado os benefícios da justiça gratuita e, no mérito, **dou-lhe parcial provimento para: a) afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis fixando a pena-base no mínimo legal; b) reconhecer a atenuante da confissão espontânea; c) reconhecer a figura do tráfico privilegiado e impor, na terceira fase da dosimetria, a redução da pena em 2/3; c) modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto; d) impor ao apelante a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e o pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal, como**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

incurso no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006; e) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, os quais serão detalhados pelo juízo da execução.

Mantém-se, no mais, a r. sentença proferida.

MARCOS ZILLI

Relator